

Expediente Núm. 14/2011  
Dictamen Núm. 59/2011

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda*  
*Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*  
*Jiménez Blanco, Pilar*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 17 de febrero de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 13 de enero de 2011, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños derivados del funcionamiento del servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 22 de febrero de 2010, los reclamantes, actuando en su propio nombre y derecho, y en nombre y representación de su hijo menor de edad, presentan en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias (Sespa) una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario.

Exponen que su hijo, “tras una gestación de 40 semanas, nació el 21 de marzo de 2009 con hemimelia transversa distal desde el tercio medio del antebrazo izquierdo, con ausencia de mano (acheiria).” Lo que, desgraciadamente, resultó ser una certeza al momento del alumbramiento, “no fue detectado en las ecografías efectuadas con anterioridad al último trimestre de la gestación (33-34 semanas), o si lo fue, ni se consignó en la historia clínica ni se nos informó de ello a los padres, siendo precisamente en la de dicho último trimestre en la que un facultativo distinto al que había efectuado las precedentes, consideró la muy probable agenesia de la mano izquierda, y ello pese a que la discutida gestación, como ya se apuntó, venía siendo objeto del correspondiente seguimiento médico y ecográfico en el centro de salud correspondiente”. Por tanto, consideran que “existe una responsabilidad evidente del Servicio de Salud del Principado de Asturias por el funcionamiento de sus servicios en el seguimiento de la gestación de nuestro hijo (...), pues, siendo ello posible, no se detectó en tiempo la malformación que (...) presentaba, lo que, además de vedarnos siquiera la posibilidad de considerar optar entre continuar con el desarrollo del embarazo o interrumpirlo, impidió adoptar las medidas necesarias para corregir aquella”. Con base en la “falta de información, bien fuera por una negligencia en el diagnóstico, bien omisión”, que para los reclamantes “supone una infracción de la *lex artis ad hoc*”, y que incide tanto sobre la vida de los padres (“nacimiento injusto”) como en la de su hijo (“vida injusta”), solicitan una indemnización de trescientos mil euros (300.000 €) a favor de su hijo menor, “por los daños y perjuicios a él irrogados” y de ciento cincuenta mil euros (150.000 €) para ellos.

Adjuntan a su escrito los siguientes documentos: a) Certificación literal del Registro Civil de Oviedo donde consta el nacimiento de su hijo y su relación filial con los reclamantes. b) Escrito del Jefe de la Sección de Genética Pediátrica del Hospital “X”, de fecha 24 de marzo de 2009, en la que se consigna “niño nacido con hemimelia transversa distal desde el tercio medio del

antebrazo izquierdo (la parte proximal es móvil), con ausencia de mano (acheiria), sin otros problemas asociados”.

2. El día 9 de marzo de 2010, el jefe de Servicio de Área de Reclamaciones del Hospital “X” traslada al Servicio instructor el informe emitido por el Jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia el día 8 de ese mismo mes. En él señala que “el caso que nos ocupa ha sido llevado directamente en el Ambulatorio (...) y las ecografías iniciales pertenecen al mismo”. No obstante, añade, “el hecho de que una determinada entidad o anomalía fetal pueda ser diagnosticada por ecografía (...), no significa que lo tenga que ser en todas las ocasiones, ni tan siquiera en la mayoría de ellas. A veces anomalías vinculadas a síndromes hereditarios o en otros miembros de una familia hacen que se prodiguen exploraciones exhaustivas en la paciente, lo cual no era el caso en la presente, y de este modo las repetidas exploraciones confirman o descartan la sospecha de una anomalía fetal./ La ecografía de la 20 semana es una ecografía de cribado, es decir, cuando existe cualquier señal de alarma de la índole que sea se intensifica la búsqueda de otras anomalías asociadas. Existe una hoja informativa que se entrega a todas las pacientes cuando se solicita una exploración ecográfica en la que específicamente se indican algunas de las limitaciones del proceder. No obstante, no siempre es posible el diagnóstico de todas las malformaciones, especialmente cuando no tienen un tamaño importante, son de carácter evolutivo o aparecen gestantes sin antecedentes o factores de riesgo, como es el caso que nos ocupa. A mayor abundamiento, deben (...) considerarse también el grosor de la pared abdominal de la madre (más dificultad a mayor grosor) y la posición fetal que puede entrañar gran dificultad en la visualización e identificación de las partes fetales como es el caso de las extremidades. En estos casos el diagnóstico puede hacerse muy difícil./ Afirmaciones como aquellas que se refieran a la falta de una cuidadosa y exhaustiva valoración ecográfica del feto o que no se consideró adecuadamente su desarrollo durante la etapa prenatal para poder detectar

ciertas malformaciones no pueden ser tenidas en cuenta por lo que se dice anteriormente. Además de los factores que se han destacado entran en consideración otras circunstancias como la especialización de los médicos que llevaron a cabo los exámenes ecográficos, todos ellos expertos radiólogos y del material de diagnóstico utilizado, que en el caso que nos ocupa se trataba de ecógrafos de última generación perfectamente adecuados para el diagnóstico prenatal”.

**3.** Con fecha 11 de marzo de 2010, el Inspector designado al efecto solicita a la Gerencia del Hospital “X” una “copia de la historia clínica relativa específicamente al proceso de referencia, así como un informe del Servicio de Ginecología sobre el concreto contenido de la reclamación presentada”.

**4.** Mediante escrito notificado a los reclamantes el día 16 de marzo de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios (en adelante Servicio instructor) les comunica la fecha de entrada de su reclamación en el Principado de Asturias, las normas procedimentales de aplicación y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**5.** El día 18 de marzo de 2010, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital “X” remite un escrito al servicio instructor en el que le indica que la historia clínica y el informe del Servicio de Ginecología ya han sido enviados en fechas 5 y 9 de marzo de 2010, respectivamente. Añade que, puesto que en el referido informe se menciona que el caso “ha sido directamente llevado en el Ambulatorio de (...) ..... y las ecografías iniciales pertenecen al mismo”, se solicitan informes complementarios al referido centro.

**6.** Con fecha 26 de abril de 2010, el Jefe del Servicio del Área de Reclamaciones del hospital remite al Servicio instructor un nuevo informe elaborado por el Jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del hospital y el

emitido por el Servicio de Tocología del Ambulatorio ..... En el primero de ellos, elaborado el día 16 de abril de 2010, se afirma que “es obvio que los servicios sanitarios nada tienen que ver en la aparición de esta pequeña malformación (agenesia de la mano izquierda) (...). Que la ecografía no es un método infalible. No hay ningún método de diagnóstico que sea exacto al 100% en medicina. La ecografía que se realizó a las 19 y 23 semanas es evidente que no diagnosticaron este defecto genético./ La ecografía de las 20 semanas de gestación es para diagnosticar malformaciones fetales. En el caso de ser diagnosticada la patología podría solicitarse el aborto legal, que es hasta las 22 semanas pasando por una comisión que lo autorice según los casos./ El estudio de las 20 semanas es complejo y lleva su tiempo. Hay estructuras fetales fijas, como el riñón, cerebro, raquis, etc., y otras que están en movimiento constante, como los brazos, manos, piernas y pies, como consecuencia de esto a veces es difícil identificar por ocultamiento manos y pies, y aún así pueden darse falsas imágenes (falsos positivos). A las 19 semanas estas estructuras son muy pequeñas y estas falsas imágenes pueden confundir al más experto ecografista (...). En ningún caso, por tanto, hay negligencia por parte del experto, pues no se puede confundir una ecografía con una fotografía y pueden llevar a errores sus imágenes, como ya se explicó anteriormente”.

El segundo, suscrito el 23 de abril de 2010, hace constar que “dicha paciente no fue atendida por mí hasta el último mes de gestación, por lo que no tengo constancia de la evolución de su gestación, ni fueron revisadas por mí ninguna de las ecografías”. Se adjuntan a este dos informes del Servicio de Radiodiagnóstico, de fechas 21 de agosto y 5 de noviembre de 2009, y un informe ecográfico de 29 de diciembre del mismo año, suscrito por una facultativa distinta a la que realiza las dos ecografías anteriores. En el informe de 5 de noviembre de 2008 figuran los siguientes datos: “F.U.R.: 14-06-2008./ Gestación única, presentación podálica, pies/ Placenta anterior, cuerpo, volumen normal, grado 0./ Líquido amniótico normal./ Feto con movimientos,

latido cardiaco, estómago, riñones y vejiga normales./ Edad gestacional 19 semanas 6 días./ Latido fetal rítmico 150 pm”.

**7.** Mediante escrito de 30 de abril de 2010, el Jefe del Servicio del Área de Reclamaciones del hospital envía al Servicio instructor un escrito, sin firma, del “Servicio Radiodagnóstico-.....”, de fecha 26 de abril de 2010, en el que se refleja que “tenemos constancia de que en las ecografía iniciales realizadas en este Servicio y en el de Ginecología no se detectó la malformación de su hijo, cosa que lamentamos./ Es necesario puntualizar que la ecografía es una exploración dinámica en tiempo real y en algunas ocasiones la posición y movimientos fetales ocultan parcialmente algunas estructuras limitando el diagnóstico”. Al mismo se adjunta, entre otros documentos, el resultado de un “estudio” que parece haberse realizado el 9 de septiembre de 2009.

**8.** El día 26 de mayo de 2010, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto elabora el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él, tras la descripción de los hechos y del daño alegado, señala que “se ha producido un error consistente en no haber detectado en la ecografía de la semana 20 la agenesia de la mano izquierda que padecía el feto y que, por los distintos motivos explicados anteriormente, ha dado lugar a que una malformación genética diagnosticable no se haya diagnosticado informando a la gestante de su existencia. Con ello, efectivamente, se ha privado” a la misma “de la posibilidad de decidir la continuidad o no de su embarazo. Como la propia reclamante manifiesta, lo relevante es que no ha podido ejercer el derecho de decisión que le asiste. El fundamento que posibilitaba la afirmación de un daño para la gestante se sitúa en el derecho de autodeterminación de la mujer que se ve lesionado al privarle de la oportunidad de acudir al aborto eugenésico. Esta limitación lesiona el derecho a la dignidad y la facultad de autodeterminación de la madre, al privarla de la posibilidad de decidir sobre su descendencia futura, lo que tendrá un efecto indudable sobre todos los ámbitos

de su vida, amparando con ello su derecho a reclamar. Las consecuencias de esta limitación del derecho a la libertad de elección constituyen un daño moral, admitiéndose generalmente que se produce en ambos progenitores. La fijación del daño moral siempre resulta difícil por tratarse de un daño extrapatrimonial, de difícil traducción económica, por lo que es irremediable, a falta de otros criterios objetivos, realizar una ponderación de las circunstancias del caso, o una fijación prudencial, como ha hecho el Tribunal Supremo al fijar las indemnizaciones por daño moral en los casos de *wrongful birth*.<sup>1</sup> Por el contrario, lo que no puede admitirse es que, como afirman los reclamantes, de haberse detectado la anomalía en la semana 22 de gestación hubiese podido corregirse la misma. Por tanto, el daño ocasionado al recién nacido en ningún caso es imputable a la Administración. El pequeño sólo tenía dos opciones: nacer con la malformación que padece o no nacer como consecuencia del aborto decidido por su madre. La enfermedad no podía ser evitada ni tratada, por lo que parece ineludible relacionar el daño con la propia vida del hijo, lo que nos llevaría a un debate vida discapacitada frente a no nacimiento que en todo caso no depende del interesado sino de la decisión de un tercero, en este caso su madre, que le es ajena, y como tal supone un elemento absolutamente aleatorio". Con base en lo expuesto, el informe técnico de evaluación realiza un juicio global sobre la pertinencia de la reclamación y concluye que "debe ser parcialmente estimada, dejando para un momento posterior de la tramitación del expediente administrativo la fijación de la cuantía indemnizatoria".

**9.** Con fecha 2 de junio de 2010, el Jefe del Servicio instructor remite una copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Sespa, y del expediente completo a la correduría de seguros.

**10.** Mediante escrito notificado a los reclamantes el 14 de octubre de 2010, el Jefe del Servicio instructor les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándoles una relación de los documentos

obrantes en el expediente. El día 18 de octubre de 2010 uno de los interesados se persona en las dependencias administrativas y obtiene una copia del mismo, compuesto, en ese momento, por cincuenta y cuatro (54) folios, según se hace constar en la diligencia extendida al efecto.

**12.** El día 2 de noviembre de 2010, los interesados presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que se reafirman en los términos expuestos en su reclamación inicial. Insisten en el error denunciado y señalan que en el expediente “se reconoce que, ciertamente, el error denunciado en nuestra reclamación se ha producido, así como que el mismo consistió en no haber detectado en la ecografía de la semana 20 ‘la hemimelia transversa distal del tercio medio del antebrazo izquierdo, con ausencia de mano (acheiria)’ de quien hoy es nuestro hijo (...), es decir que una malformación diagnosticable no se diagnosticó, y por ende no se nos informó de su existencia, privándonos de decidir o no continuar con el embarazo”. Desde el punto de vista de la evaluación del daño sufrido, y frente a la argumentación contenida en el informe técnico de evaluación, los reclamantes reiteran el derecho a la indemnidad de los daños padecidos por su hijo, ya que la falta de diagnóstico precoz e información incide, como ya se señaló en nuestra reclamación (...), en la vida de (su hijo), pues con independencia de que pueda no existir un nexo entre la acción u omisión culposa del médico y la malinformación o de que se pueda considerar que la posibilidad de abortar se otorga a los progenitores para proteger sus propios intereses como padres, con base en el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, lo cierto es que ello no excluye que esa misma falta de información nos privara de proteger lo que, a nuestro juicio, pudieran ser los intereses del futuro ser, ya que al carecer de la misma tampoco estuvimos en situación de valorar y decidir adecuadamente sobre lo que, como padres, estimáramos serían los intereses de quien hoy es nuestro hijo, lo que también conllevó que deba convivir por sus días con dicha malformación y las



limitaciones que ella conlleva, ya que con independencia de que este tipo de nacimientos puedan no ser un mal en sí mismos, lo que sí es cierto es que quien padece una discapacidad como la de nuestro hijo ha de hacer frente a unas situaciones que no se presentan en quien no la tiene y ha de afrontar una realidad en su vida que, aún cuando llegara a asumirla en su madurez, ello no será sin 'padecimientos', toda vez que aceptar una hemimelia transversa distal del tercio medio del antebrazo izquierdo, con ausencia de mano, cuando lo propio es que no se dé, no se presenta exento de dificultades y sin coste personal alguno; es decir, que su discapacidad marcará su crecimiento y desarrollo y, por tanto, le irrogará unos daños, siquiera morales./ Es decir que el hecho de que quisiera considerarse que la posibilidad de abortar no se otorga a los progenitores no lo sea para proteger los intereses del futuro ser, lo cierto es que el derecho a la vida que se contempla en el art. 15 de la Constitución (...) también debe ser entendido como derecho a nacer sin graves malformaciones, sin que sea de recibo aceptar, sin más, y con carácter general, que no exista ningún conflicto entre el derecho a la vida y (el) derecho a no nacer con una grave discapacidad, pues la diferencia entre uno y otro es manifiesta, al menos para quien la padezca”.

**12.** Con esa misma fecha, el Jefe del Servicio instructor remite copia de las alegaciones formuladas por los reclamantes a la compañía aseguradora.

**13.** Con fecha 22 de diciembre de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en el sentido de estimar parcialmente la reclamación presentada. Señala en ella que “la cuestión en que se centra el debate consiste en resolver si la prestación sanitaria fue o no la correcta y si el funcionamiento del servicio sanitario es o no causante de un daño que el perjudicado no tenía obligación de soportar. En el presente caso los reclamantes basan su petición indemnizatoria en que existe una responsabilidad del Servicio de Salud del Principado de Asturias en el

seguimiento de la gestación de su hijo, pues, siendo ello posible, no se detectó en tiempo la malformación que presentaba, lo que, además de vedarles la posibilidad de considerar optar entre continuar con el desarrollo del embarazo o interrumpirlo, impidió adoptar las medidas necesarias para corregir aquella”.

A continuación, hace una breve exposición sobre las reclamaciones *wrongful birth* y *wrongful life*, indicando que “son aquellas que se plantean frente al nacimiento de un hijo con malformaciones incurables o inevitables, detectables durante el embarazo, que, si se hubieran conocido a tiempo, habrían permitido a los progenitores la posibilidad de abortar”. En las primeras son los padres los que reclaman, mientras que en las segundas es el propio hijo discapacitado el que lo hace. Por lo que se refiere a aquellas, afirma que la “doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sostienen que la negligencia del médico o profesional sanitario priva a la gestante de la posibilidad de decidir sobre el aborto, al que podría acudir legalmente”, admitiéndose que las consecuencias de esta privación afectan a ambos progenitores. En cambio, respecto “a las acciones *wrongful life*”, manifiesta que tanto la doctrina como la jurisprudencia “rechazan (su) admisibilidad (...)”, puesto que la alternativa a nacer con una discapacidad será no haber nacido”. Con base en ello, concluye que ha de desestimarse la reclamación presentada en lo relativo a los daños sufridos por el menor (*wrongful life*) y que han de estimarse parcialmente los daños sufridos por los progenitores (*wrongful birth*), considerando razonable indemnizarles en la cuantía de noventa mil euros (90.000 €).

**14.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 13 de enero de 2011, registrado de entrada el día 18 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad

patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm. .... de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

**SEGUNDA.-** Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, tanto en su propio nombre y derecho como en nombre y representación de su hijo menor de edad -según lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos-, por cuanto sus esferas jurídicas se han visto directamente afectadas por los hechos que la motivaron. La filiación ha quedado debidamente acreditada en el expediente mediante certificación literal de la inscripción del menor en el Registro Civil, incorporada al procedimiento en la fase de instrucción.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula la reclamación.

**TERCERA.-** En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 22 de febrero de 2010, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -el nacimiento del menor- el día 21 de marzo de 2009, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En aplicación de la normativa citada, y más en concreto en virtud de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 10.1 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, a cuyo tenor, en todo caso, se solicitará informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, este Consejo debe analizar si en el presente procedimiento, a la vista de la documentación obrante en el expediente remitido, se ha dado estricto cumplimiento a este necesario trámite procedimental, esencial en el supuesto

examinado para la determinación de los hechos que originan la pretensión indemnizatoria.

Al respecto, conviene tener presente que los reclamantes, en la doble condición con la que actúan, en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de su hijo menor, interesan una indemnización por los daños y perjuicios derivados del hecho del nacimiento de este con una “hemimelia transversa distal desde el tercio medio del antebrazo izquierdo, con ausencia de mano (acheiria)”, que, al parecer -pues no hay constancia documental en el expediente-, no fue diagnosticada hasta la semana 33-34 de gestación y se confirmó en el momento del alumbramiento. Los reclamantes atribuyen esta carencia diagnóstica a un mal funcionamiento del servicio público sanitario. Según manifiestan, “se ha producido (...) un notable error de diagnóstico al no haberse detectado, ni visualizado, la malformación que nos ocupa en las ecografías morfológicas que se practicaron en la vigésima semana de embarazo con el fin de que los padres puedan, una vez informados sobre la existencia o posible existencia de malformaciones congénitas, adoptar la decisión que consideren oportuna sobre la posibilidad de practicar un aborto eugenésico, antes de que transcurra el plazo legal límite, obligando a los progenitores, una vez nacido el hijo, a soportar un nacimiento injusto y al niño una vida injusta y, por tanto, unos padecimientos también injustos”.

Como se desprende de estas alegaciones, el supuesto daño cuya indemnización se interesa no se imputa al conjunto de la asistencia sanitaria recibida durante todo el periodo de la gestación y el alumbramiento, sino que se vincula causalmente con la asistencia prestada a la paciente hasta la semana vigésimo segunda de gestación, ya que -según lo establecido por la legislación vigente en el momento de producirse los hechos en los que se basa la reclamación- esta era la fecha que operaba como límite para proceder a la práctica de la interrupción voluntaria de un embarazo. En efecto, la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, despenalizaba la práctica de un aborto siempre que lo consintiera expresamente la mujer embarazada y concurrieran las

siguientes condiciones conexas con el caso presente: que se presumiera que el feto “habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas”, que “el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación” y que “el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas del centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto”.

Por tanto, el servicio a cuyo funcionamiento se imputa haber ocasionado el daño cuya presunta antijuridicidad se denuncia, y al que cumple por ello la obligación de emitir el informe exigido en el artículo 10.1 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, no debe ser otro que el que estuviera encargado del seguimiento del embarazo hasta esa semana o que lo hubiera efectuado de modo efectivo. De la documentación obrante en el expediente remitido se desprende sin duda alguna que, a esa fecha, ese servicio era el correspondiente al centro de salud del domicilio de los reclamantes.

En el expediente remitido figuran dos informes suscritos por el responsable del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital “X”, concretamente los referidos en los antecedentes 2 y 5 del presente dictamen, debiendo destacarse que ya en el primero de ellos se comienza por reseñar que “el caso que nos ocupa ha sido llevado directamente en el Ambulatorio (...) y las ecografías iniciales pertenecen al mismo”. La anterior afirmación resulta de por sí suficientemente esclarecedora para que este Consejo, sin perjuicio de la consideración que hayan de merecer en su momento las reflexiones que en ambos informes se contienen, dada la autoridad de quien las formula, concluya que con la incorporación de los mismos en modo alguno puede entenderse cumplida la exigencia contenida en el artículo 10.1 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial.

Es cierto que a raíz del primero de los informes citados se requirieron otros complementarios a dos facultativas destinadas en el centro de salud correspondiente al domicilio los reclamantes, una ginecóloga y otra radióloga.

Sin embargo, una de las requeridas, tocóloga, como ya hemos recogido en el antecedente 6 de este dictamen, informó que “dicha paciente no fue atendida por mí hasta el último mes de gestación, por lo que no tengo constancia de la evolución de su gestación, ni fueron revisadas por mí ninguna de las ecografías”. Tal hecho impide considerar este informe a los efectos de estimar cumplido el trámite que impone el artículo 10.1 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial.

Finalmente, tampoco se cumple el mencionado trámite con la incorporación al expediente del escrito recogido en el antecedente 7 de este dictamen, toda vez que el mismo, proveniente en este caso del centro de salud correspondiente al domicilio de los reclamantes, carece de firma, y su contenido, más allá de las disculpas que ofrece y de una reflexión general, no solo no se pronuncia sobre la reclamación planteada, sino que introduce cierta incertidumbre, pues viene acompañado de los resultados de un “Informe de diagnóstico prenatal” (folio 44) desconocido hasta ese momento, con lo que resulta imposible saber a ciencia cierta el número de ecografías que realmente le fueron practicadas a la reclamante.

En definitiva, no consta en el expediente un informe genuino de los servicios “cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable”, tal y como específicamente exige el artículo 10.1 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, por lo que faltan elementos imprescindibles para el análisis del supuesto fáctico que motiva la reclamación y de la relación causal que los perjuicios alegados puedan tener con el funcionamiento del servicio público sanitario en atención a la asistencia prestada, lo que impide a este Consejo Consultivo cualquier consideración sobre el fondo del asunto.

Por tanto, habrá de retrotraerse el procedimiento al momento oportuno para realizar los actos de instrucción necesarios, debiendo incorporar al expediente el informe (o informes en el caso de ser más de uno) del servicio, encargado del seguimiento de la gestación de la reclamante hasta la semana 22

del embarazo, y cuyo funcionamiento pudiera haber ocasionado la presunta lesión indemnizable, recibido el cual e incorporado al expediente, y una vez evacuado nuevo trámite de audiencia y formulada nueva propuesta de resolución, deberá remitirse a este Consejo a efectos de recabar el preceptivo dictamen.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la consulta solicitada; que debe retrotraerse el procedimiento al momento en el que debió incorporarse al expediente el informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable en los términos que hemos dejado expuestos.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.